

## **VD\_OMNI GE.2005.0178 vom 16. März 2006**

VD Tribunal cantonal, 2006-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0178)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0178 du 16 mars 2006

IT: VD\_OMNI GE.2005.0178 del 16 marzo 2006

### **Regeste**

X. /Département des finances, Mmes les Conservatrices Registre foncier d'Aubonne-Rolle, M. le Conservateur du Registre foncier de Nyon | Ordre des voies de droit cantonales et fédérales lorsqu'est contesté le refus du Conservateur de procéder à une inscription au Registre foncier. Dans la mesure où le rejet de la réquisition peut avoir pour effet de mettre en discussion ses compétences professionnelles, le notaire qui a instrumenté l'acte a aussi qualité pour recourir.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Les Conservateurs du Registre foncier ont rejeté les réquisitions qui leur étaient soumises en application de l'art. 24 de l'ordonnance fédérale sur le registre foncier, du 22 février 1910 (ORF; RS 211.432.1). Le Département a statué en première instance en tant qu'autorité cantonale de surveillance (art. 103 al. 1 ORF, mis en relation avec les art. 956 al. 2 CC et 2 al. 3 de la loi sur le registre foncier, le cadastre et le système d'information sur le territoire, du 23 mai 1972 – LRF; RSV 211.61). Sa décision est attaquant devant le Tribunal de céans, statuant en deuxième instance cantonale (art. 103 al. 2 ORF, mis en relation avec l'art. 4 al. 1 LJPA). b) Aux termes de l'art. 103 al. 1 ORF, la voie du recours est ouverte au requérant ainsi qu'à toutes les personnes touchées par le rejet de la réquisition. Les époux Y. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_, en tant que propriétaires des biens-fonds concernés, disposent de la qualité pour agir au sens de cette disposition, mise en relation avec les art. 98a al. 3 et 103 let. a OJ (cf. ATF 112 II 26 consid. 1 p. 28). Dans la mesure où le rejet de la réquisition pourrait avoir pour effet de mettre en discussion les compétences professionnelles du notaire X. \_\_\_\_\_, celui-ci est également habilité à recourir (ATF 116 II 137). Il y a lieu d'entrer en matière.

#### **E. 2**

Aux termes de l'art. 24 al. ORF, le conservateur rejette la réquisition qui ne satisfait pas aux conditions légales. Dans ce cadre, il est habilité à vérifier la régularité du droit de gage (Henri Deschenaux, Le registre foncier, in: Traité de droit privé suisse V/II, 2, Fribourg, 1983, p. 418; cf. ATF 129 III 14). a) Le litige a trait à l'inscription au Registre foncier de la cédule hypothécaire en cas de changement du gage immobilier. b) La cédule hypothécaire est un papier valeur au sens des art. 965ss CO, mais auquel s'appliquent également les règles spéciales des art. 842ss CC. La cédule hypothécaire est ainsi conçue comme une institution de crédit réel plutôt que personnel, incorporant à la fois une créance personnelle et un droit de gage immobilier (art. 842 CC ; cf. ATF 129 III 12 consid. 3.2 p. 16/17 ; 42 II 454). La cédule hypothécaire comprend trois éléments : le papier valeur, la créance, le droit de gage immobilier constitué en garantie de cette créance (Sydney Kamerzin, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse Fribourg 2003, n°10). Ces éléments sont

indissociables (ATF 130 III 681 consid. 2.3 p. 683; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, III, Berne, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, n°2633, 2929 ; Daniel Staehelin in : Commentaire bâlois, 2<sup>ème</sup> éd., N.5 ad art. 842). Ils naissent ensemble, c'est-à-dire par l'inscription au registre foncier, suivie de l'émission du titre; ils meurent aussi ensemble: la radiation éteint la créance et le droit de gage (Kamerzin, op.cit., n°105 ; Steinauer, op.cit., n°2929a). La cédula peut être créée soit contractuellement, soit unilatéralement (Kamerzin, op. cit., n°262ss; Staehelin, op. cit., N.1 ad art. 854; Paul-Henri Steinauer, A propos de la constitution des cédulas hypothécaires, RNR 1997 p. 289ss). Dans la première hypothèse, réalisée en l'occurrence, le gage est constitué par l'inscription au registre foncier (art. 799 al. 1 CC). Le contrat désigne le créancier, le débiteur, la prétention et l'objet (ATF 123 III 97 consid. 2 p. 98/99). Un titre y relatif est délivré (art. 856 CC; cf. art. 40 ORF). En l'espèce, la cédula n°1.\*\*\*\*\* a été constituée comme garantie immobilière directe (sur cette notion, cf. Kamerzin, op. cit., n°168ss), en relation avec l'acquisition par les époux Y.\_\_\_\_\_ de la parcelle n°359. La créance causale s'éteint par l'effet de novation (art. 855 al. 1 CC ; Kamerzin, op.cit., n°174, 647ss; Staehelin, op. cit., N. 1 ad art. 855; cf. ATF 119 III 105 consid. 2a p.106/107). La dette payée, le débiteur peut exiger du créancier la remise du titre non annulé (art. 873 CC). Il peut toutefois y renoncer, s'il convient avec le créancier que la cédula garantira une prétention nouvelle (ATF 106 II 257 consid. 4 p. 262/263). S'il opte pour la remise, le débiteur est, selon l'art. 863 CC, libre de faire radier l'inscription ou de la laisser subsister (al. 1); dans ce dernier cas, il peut négocier à nouveau le titre rentré dans sa possession (al. 2). Il peut ainsi, notamment, obtenir un nouveau crédit en s'épargnant les frais de la constitution d'un nouveau gage immobilier (Steinauer, op. cit., n°2974; Charles Jaques, La réutilisation des cédulas hypothécaires et le emploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée, RNR 2005 p. 209ss, 211-213). c) En général, le constituant de la cédula est en même temps le propriétaire de l'immeuble et le débiteur de la dette. On peut certes faire des exceptions à cette règle: le constituant débiteur n'est pas encore propriétaire; le constituant n'est pas débiteur; le constituant n'est ni propriétaire, ni débiteur (cf. Kamerzin, op. cit., n°439ss). En revanche, ni la pratique, ni la doctrine n'envisagent l'hypothèse où il y a dissociation de l'identité du constituant et du débiteur. Or, tel serait précisément le cas en l'espèce: la cédula n°1.\*\*\*\*\*, relative à la parcelle n°359, a été constituée par les époux Y.\_\_\_\_\_, codébiteurs solidaires de la dette; elle serait désormais constituée par la seule B.Y.\_\_\_\_\_ et porterait sur une créance cédulaire et un objet (les parcelles n°1032 et 1052) complètement différents. La pratique des autorités vaudoises, confirmée par la décision attaquée, consiste à considérer cette situation comme une novation subjective (ou personnelle), créant un nouveau rapport d'obligation, à raison duquel une nouvelle inscription du gage immobilier - et non un simple transfert, comme en cas de novation objective - serait nécessaire. En l'espèce, le Département a retenu que la mutation de gage requise en l'occurrence, consistant pour les époux Y.\_\_\_\_\_ à conserver la cédula n°1.\*\*\*\*\*, mais pour la faire porter désormais sur les parcelles n°1032 et 1052, ne correspondrait pas à une véritable mutation, au sens de cette institution juridique. Celle-ci présupposerait l'existence d'un rapport de créance et de gage entre le propriétaire (débiteur) et le prêteur (créancier), sans intervention de tiers, sous réserve du cas où celui-ci acquiert à la fois le titre et l'objet du gage. Il faudrait, selon le Département, s'en tenir à la règle de la connexité entre l'immeuble grevé et le gage, afin de prévenir les opérations consistant à sauvegarder la cédula uniquement pour des besoins futurs. Pour contester ce point de vue, les recourants se réfèrent à l'avis de droit établi par Me F.\_\_\_\_\_. Celui-ci estime que les prescriptions du droit civil ne s'opposeraient pas au libre transfert des

cédules d'immeuble en immeuble. Partant de la prémisse qu'à raison de la vente de la parcelle n°359, les époux Y. \_\_\_\_\_ étaient libres de disposer de la cédule selon l'art. 863 al. 2 CC, l'expert en déduit qu'à ce moment-là, il n'y avait pas identité entre débiteurs et propriétaire, B.Y. \_\_\_\_\_ revêtant seule cette qualité. Il serait dès lors possible de substituer les immeubles de Nyon comme objet de la cédule hypothécaire. Ce transfert présupposerait toutefois une double opération, soit l'extension du gage relatif à l'immeuble sur lequel le gage doit être « transporté », puis le dégrèvement de la parcelle n°359. Me F. \_\_\_\_\_ indique lui-même que les actes instrumentés le 1<sup>er</sup> avril 2005 ne correspondent pas à ce procédé, parce que la première étape qui vient d'être décrite n'a pas été franchie. Il estime toutefois que dans l'esprit, le mode opératoire retenu répondrait à ce mécanisme qu'il tient pour conforme à la loi. d) Cette thèse ne convainc pas, pour deux raisons au moins. Premièrement, la mise en œuvre de l'art. 863 al. 2 CC présuppose le paiement de la dette selon l'art. 873 CC. Or, personne ne prétend que la créance relative la cédule n°1.\*\*\*\*\* était éteinte au moment de l'aliénation de la parcelle n°359. Alors qu'en pareil cas, le vendeur remet la cédule à l'acquéreur en échange du paiement du prix, les époux Y. \_\_\_\_\_ entendent disposer de la cédule pour la « transporter » sur un autre objet, comme s'ils pouvaient la négocier selon ce que prévoit l'art. 863 al. 2 CC. Or, il n'est pas démontré que tel était effectivement le cas au moment où l'acte litigieux a été établi, soit le 1<sup>er</sup> avril 2005. Deuxièmement, comme l'indique Me F. \_\_\_\_\_, la première opération nécessaire consisterait à constituer un gage collectif sur les immeubles de 5. \_\_\_\_\_ et de 2. \_\_\_\_\_. Cela serait possible, selon l'art. 798 al. 1 CC, à condition que les immeubles appartiennent au même propriétaire ou à des codébiteurs solidaires. En l'occurrence, seul entre en considération le deuxième de ces cas de figure. Si l'acte litigieux, portant sur la modification du gage immobilier, précise que les époux Y. \_\_\_\_\_ sont codébiteurs solidaires de la dette afférente à l'immeuble qui fait l'objet de la cédule n°1.\*\*\*\*\* , il n'indique pas qu'il en irait de même pour la cédule n°2.\*\*\*\*\* , relative aux parcelles n°1032 et 1052. En outre, le droit de gage doit être expressément prévu dans le contrat constitutif (Kamerzin, op. cit., n°587, et les références citées ; Steinauer, op. cit., n°2664a ; Bernhard Trauffer in : Commentaire bâlois, 2<sup>ème</sup> éd., N.10 ad art. 798). Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence. Ce défaut est irrémédiable, car il porte sur un élément essentiel du contrat constitutif de la cédule hypothécaire (Kamerzin, op. cit., n°810). e) En conclusion, le caractère singulier - pour ne pas dire artificiel - de l'opération projetée, saute aux yeux. Même si le procédé retenu n'apparaît pas, en tant que tel, comme contraire à la loi ou un détournement de l'institution juridique qu'il faudrait qualifier d'abus de droit (cf. ATF 131 II 265 consid. 4.2 p. 267; 131 V 97; 127 II 49 consid. 5a p. 56, et les arrêts cités), il n'en demeure pas moins qu'il contredit les prescriptions régissant la cédule hypothécaire, sinon dans la lettre, du moins dans l'esprit. En tout cas, les décisions des Conservateurs, confirmées par le Département, s'inscrivaient dans le cadre de ce que l'art. 24 ORF leur permettait de faire. Pour le surplus, on ne saurait soutenir que la position de l'administration est commandée par des préoccupations fiscales. Le conservateur du registre foncier ne défend que les intérêts qui guident la législation dont il a la garde, à l'exclusion de toute autre considération.

### **E. 3**

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge des recourants. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 55 LJPA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.